

## ***RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA "B" FACE À COMPETÊNCIA DO STF***

---

**ELIANA CALMON ALVES**

*Ministra do Superior Tribunal de Justiça*

O tema da palestra é controvertido e foi escolhido bem a propósito, diante da posição que adoto nesta Corte, de avançar na competência do Superior Tribunal de Justiça, nos temas em que há uma superposição de competências.

Por razões de ordem técnica e muito mais por razões práticas, venho proclamando ser pertinente o avanço competencial do STJ, em relação aos temas que, situados em zona cinzenta, são tratados pela Constituição e pela lei ordinária.

Parece-me que todas as controvérsias que surgiram a partir de entendimentos doutrinários difíceis de serem traçados passaram, hoje, a ser preocupações de natureza política, tanto que temos um novo dimensionamento para o recurso especial com a Proposta de Emenda Constitucional que está sendo examinada pelo Congresso Nacional – a PEC nº 29, que trata da reforma do Poder Judiciário.

Presentemente o STJ tem dois caminhos a escolher: livrar-se dos processos, sistematicamente, ou com esforço, salvar os recursos.

Entendo que deveríamos seguir a segunda linha. E por quê? Porque, se assim não for, não seremos respeitados como um Tribunal que diz, por último, o Direito, dentro de um critério de absoluta técnica. Nos tornarmos um Tribunal de passagem.

Creio que didaticamente poderemos iniciar o tema proposto a partir da finalidade constitucional do STJ.

O STF não mais cumpria o seu papel de Tribunal uniformizador da jurisprudência do direito constitucional. Pelo volume de feitos, não sendo possível atendê-los, passou a criar óbices, dificultando a chegada do processo à Corte. E era tal a dificuldade, que praticamente ficou a Federação com uma interpretação múltipla, dada pelos Tribunais de Justiça, sem que fosse possível uniformizar o direito federal.

Diante dessa realidade, o Constituinte de 1988 concebeu um tribunal para dividir a competência com o Supremo Tribunal Federal. E aí temos a primeira colocação: o Superior Tribunal de Justiça não é nem maior nem menor que o Supremo Tribunal Federal. O Superior Tribunal de Justiça é exatamente um Tribunal que se coloca dentro de uma competência infraconstitucional – examinar as questões onde há confronto com Lei Federal. Então, todas as questões infraconstitucionais vêm para o Superior Tribunal de Justiça e, nas mesmas circunstâncias, tudo aquilo que alcançar a Constituição – havendo divergência na interpretação de dispositivos constitucionais - vai para o Supremo Tribunal Federal.

A partir daí, temos, exatamente, uma linha divisória de competência: toda matéria infraconstitucional vai para o Superior Tribunal de Justiça – criado para isso; tudo que for matéria constitucional vai para o Supremo Tribunal Federal.

Ora, dentro dessa divisão de competência, surgiu o recurso especial, com as mesmas nuances do recurso extraordinário. Segundo o Professor Barbosa Moreira, a primeira grande dificuldade do recurso especial está na normatização, porque todas as súmulas que foram editadas pelo Supremo para fazer com que se interpretassem as normas do recurso extraordinário passaram, também, a funcionar para o recurso especial, e a própria Lei 8.038 tratou conjuntamente do recurso extraordinário e do especial. Então, houve certa promiscuidade entre esses dois recursos, pois passaram eles a andar de mãos dadas. A partir

daí surgiram dificuldades e problemas, como veremos no correr da exposição.

O recurso especial e o extraordinário não têm por objetivo imediato fazer justiça. Só o fazem por via de consequência, porque a finalidade primeira é uniformizar o direito federal infraconstitucional ou constitucional, respectivamente.

Na técnica de julgamento, três são os momentos de apreciação dos recursos derradeiros, o especial e extraordinário. O primeiro é o de admissibilidade, feitos nos Tribunais de Apelação, onde são examinados, unicamente, os requisitos formais e genéricos do recurso.

Não devem os Tribunais imiscuírem-se no mérito do julgado, para ponderar sobre o acerto ou o erro do acórdão.

Presentemente, está ocorrendo uma deformação do sistema. Com freqüência encontramos nas decisões de admissibilidade verdadeiros juízos de mérito, de absoluta incompatibilidade.

Qual é a posição do STJ, diante dessa constatação? Silencia, diante da dificuldade em assumir o volume de recursos especiais interpostos, aliviado pelos óbices criados no juízo de admissibilidade.

Essa posição não me parece técnica. Além de favorecer o consumo, deixa o juízo de admissibilidade com déficit no atendimento.

Há tribunais que estão atrasados em até três anos no juízo de admissibilidade, o que não ocorreria se fosse feito um exame eminentemente técnico, com a só análise dos pressupostos objetivos: tempestividade, adequabilidade, legitimidade, etc.

Inadmitido o recurso há para a parte a possibilidade de rever no STJ o juízo de delibação negativo via agravo de instrumento.

Se admitido for o especial, chega o processo ao STJ, onde vai ser iniciado, em um segundo momento, o juízo de conhecimento, que começa pelo exame dos pressupostos objetivos, formais e genéricos, pois não há efeito preclusivo do juízo de admissibilidade. No STJ reexaminam-se os aspectos formais para, a seguir, debruçar-se o relator sobre a razão que deu ensejo ao especial.

Verifica-se, então, o disposto no art. 105, inciso III, da Constituição Federal, porque cabe ao relator, nesse momento, avaliar se efetivamente aconteceu o que está sendo alegado, se houve contrariedade a tratado, a causa, a decisão, a acordo: "contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência"; ou, no caso da letra b, que é o do nosso interesse, "julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal", ou, finalmente, a letra c, "der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal". O trabalho do relator no juízo de conhecimento é fazer exatamente essa avaliação. Pode parecer simples, mas não é, porque existe algo muito preocupante e de importância fundamental para o recurso especial, que se chama prequestionamento, sobre o qual não me deterei, sob pena de esgotar todo o tempo, sem chegar ao tema proposto.

Na realidade, até hoje tenho dúvida a respeito do prequestionamento, mas entende-se que seja a discussão da matéria nas instâncias ordinárias depois de ter sido colocada pelas partes. A questão, o tema jurídico, a tese tem de ser por elas discutida em primeiro lugar, tem que estar contida na causa posta para a apreciação; e o tribunal precisa examinar, obrigatoriamente, essa questão. O Superior Tribunal de Justiça não pode tomar conhecimento de uma questão que não tenha sido ventilada pelas partes e que tenha sido respondida pelo tribunal. Falamos por último e só falamos quando de um lado a parte falou e o tribunal respondeu. Antes disso, não podemos nos manifestar sobre a questão jurídica. Aí existe um aspecto bem interessante, pois o prequestionamento é uma linguagem muito simples e, sempre digo, é o abre-alas para a



apreciação do recurso especial; é ele que abre as portas do Superior Tribunal de Justiça para o exame meritório. Por isso, ele é, no juízo de conhecimento, o requisito mais importante para termos um juízo de conhecimento ou um juízo por meio do qual se chegue até o mérito da questão.

Se o recurso foi interposto com a base na alínea "a", a mais freqüente hipótese, deveremos nos debruçar sobre os dispositivos apontados como violados. Advirta-se que, embora seja admitido o prequestionamento implícito, exige-se que os dispositivos legais violados sejam expressos quando da interpretação do recurso.

Quero aqui, só *en passant*, referir-me a uma tormentosa questão terminológica que só foi resolvida pelo STF no ano passado: dizia-se, havendo interposição do recurso pela letra "a", no juízo de conhecimento, para o julgador saber se houve ou não a violação, estaria confundindo esse juízo com o de mérito. Daí não separarem os adeptos dessa terminologia o juízo de conhecimento do juízo de mérito. Afirmavam eles que, se houver conhecimento é porque se reconheceu, de logo, a existência de violação.

O Professor Barbosa Moreira sempre criticou essa posição, adotada inclusive no STF. Dizia ele que o problema existia em razão de dar-se interpretação literal à Constituição Federal.

Finalmente, o juízo de mérito existe quando o Tribunal examina o mérito do recurso especial, aplicando o direito à espécie, que é outra novidade em matéria de recurso especial. Por quê? O recurso especial tem muita semelhança com o recurso de cassação, existente na Itália, na Argentina, na Espanha, na França e outros. No recurso de cassação, é cassada a decisão impugnada quando o recurso é provido, retornando o processo para que o Tribunal *a quo* refaça o julgamento.

Diferentemente, no recurso especial, assim como fazia o Supremo Tribunal Federal em matéria de recurso extraordinário, aplicamos o direito à espécie (Súmula 456/STF). Julga-se a causa, aplicando o direito corretamente. Já é feita a correção e assim desafogam-se os tribunais intermediários. Mas isso acontece sempre? Não. Existe um caso em que cassamos a decisão, como nos recursos de cassação. E quando isso acontece? Quando há *error in procedendo* do tribunal. Se há um erro de procedimento, não se pode aplicar o direito à espécie. A correção se faz com o retorno dos autos para a correta aplicação do direito. A hipótese ocorre quando há violação do art. 535 do CPC. O erro mais comum é não ter o Tribunal examinado o recurso adequadamente, da forma posta para julgamento, é a omissão que permanece muitas vezes, mesmo com os embargos de declaração. Então é preciso retornar para que haja a correção no tribunal de origem. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente, não manda voltar, mesmo havendo *error in procedendo*; ele próprio faz a correção, preenchendo a omissão. Basta que haja a interposição dos embargos de declaração para efeito de prequestionamento e o Supremo julga por inteiro.

Atualmente estamos pensando em adotar o mesmo posicionamento.

Para finalizar a digressão que diz sobre o recurso especial, destaco especial e interessante aspecto que das Turmas já emigrou para a Corte Especial. O destaque é para a hipótese em que o STJ, sem estar atrelado ao prequestionamento, vem a conhecer de ofício uma questão jurídica.

A excepcionalíssima hipótese só ocorre quando o STJ, atento ao prequestionamento, conhece do recurso especial e, conhecendo-o, depara-se com questão de ordem pública que, mesmo sem ter sido alegada, precisa ser enfrentada. É o que acontece quando há nulidade absoluta ou inconstitucionalidade de uma lei.

Ora, não se pode aceitar que o STJ, à vista de uma nulidade absoluta ou de uma lei inconstitucional, esteja preso ao prequestionamento e não possa conhecer das aberrações jurídicas. Advirta-se, contudo, só é possível a correção ex officio, se conhecido, por outro fundamento, o especial.

Dessa forma, passarei à segunda parte para enfrentar o tormentoso tema da alínea b, que diz: decisão que "julgar válida lei ou ato de governo local contestada em face de lei federal".

Há entendimento de que, pela alínea b, o especial encerra uma espécie de contencioso constitucional. Afinal, a contrariedade da lei federal pela lei local somente poderá ser dirimida à luz da partilha de competência legislativa entre a União e os Estados. Se tenho uma divisão de competência na Carta Magna, para alegar que a lei estadual ou a municipal contrariou a lei federal, tenho de reportar-me à Constituição. Se assim é, como fica uma Corte que não pode julgar contencioso constitucional, que não pode se manifestar sobre a Constituição? Vem, então, a perplexidade. Mesmo sendo de índole constitucional, como todos reconhecem, na interpretação da letra b do inciso III do art. 105, o recurso especial passa a julgar matéria constitucional. Daí serem raras as hipóteses de recurso especial por contrariedade à alínea b. Quase não temos precedentes de recursos especiais pela alínea b. Como devo aplicar o dispositivo diante dessa perplexidade? Se o acórdão recorrido, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, optou por apreciar a lei municipal, por entender que a Constituição regulou a matéria como da competência local, é intuitivo que tenho de declarar a inconstitucionalidade da lei federal.

A partir desse raciocínio identificamos duas correntes. A primeira, do Supremo Tribunal Federal, liderada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, pode ser assim resumida: todas as vezes que o Superior Tribunal de Justiça, examinando o recurso especial pela letra b, concluir

pela inconstitucionalidade da lei federal em face da lei estadual ou municipal, naturalmente deveria declarar a inconstitucionalidade. Como falta competência para tal ao STJ, deve o processo ser remetido ao STF.

Quando a violação da lei federal, em face da lei estadual ou municipal, é apenas uma questão de incompatibilidade, o que ocorre quando há competência concorrente, não há necessidade de se questionar a competência do STJ, que está apto a solucionar a questão da compatibilidade ou incompatibilidade, em sede de recurso especial pela alínea b.

Essa corrente conduz a enormes dificuldades. Em primeiro lugar, pela tênue linha de identificação do que seja inconstitucional e do que seja incompatível. Em segundo lugar, para chegar ao ponto de identificar a inconstitucionalidade, ou a incompatibilidade, será preciso penetrar no mérito do recurso, o que eliminaria o juízo de conhecimento.

Daí a preponderância de uma segunda corrente, adotada majoritariamente no STF, menos rígida que a primeira.

Construiu-se a teoria da violação reflexa à Constituição. Temos então dois postulados: 1º) quando a violação à Carta Maior for direta e frontal, só é possível o exame via recurso extraordinário; 2º) quando a violação à Constituição for por via oblíqua, por via reflexa, não se admite o recurso extraordinário, sendo pertinente o recurso especial pela alínea b.

Dentro dessa perspectiva é que entendo ser infraconstitucional o confronto entre a lei ordinária e a lei complementar.

Como se comporta o STJ? Dois exemplos bem esclarecerão: primeiro, no precedente do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, o REsp 226.445, de 3/10/2000, no qual foi dito: "Houve um confronto entre a lei estadual e a lei federal em matéria de divisão de competência de



normatização de distribuição de combustível. A discussão remete à análise da competência dos estados para legislar sobre distribuição de combustível e derivados de petróleo". Ao examinar esse recurso, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter chegou à conclusão de que a norma estadual, embora houvesse competência concorrente, havia extrapolado a sua competência, contida na Constituição Federal. Concluiu pela impossibilidade de julgar o recurso especial, porque teria que declarar a inconstitucionalidade da lei estadual. Assim, remeteu os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Segundo exemplo: trata-se de fato que vem se repetindo sempre, relacionado com o art. 511 do Código de Processo Civil. Existe uma lei estadual, no Estado de São Paulo, que dispensa de preparo os embargos à execução. E o Código de Processo Civil, no seu art. 511 exige o preparo da apelação. Então, temos o confronto de uma norma federal, que é o Código de Processo Civil, que exige o preparo das apelações, com uma norma estadual, dizendo que não existe preparo nos embargos à execução, o que, naturalmente, se estende ao Segundo Grau, às apelações derivadas desses processos de execução. Como fica a situação? Está chegando ao Superior Tribunal de Justiça sempre pela alínea c, porque já existem diversos precedentes e, infelizmente, "tiros para todos os lados", tanto que levei os processos até para a Corte Especial a fim de uniformizá-los.

Eu mesma, quando examinei essa lei pela primeira vez, verifiquei que havia um fundamento de natureza constitucional: era o confronto entre uma lei federal com uma lei estadual, em que se argüia a inconstitucionalidade da lei estadual. Por isso mesmo, não conheci do recurso especial por entender que a matéria era de índole constitucional. Posteriormente, encontrei recursos especiais em que se discutia, exatamente, a compatibilidade da lei estadual, do Estado de São Paulo, com a lei federal, em razão do art. 511. Os senhores podem verificar que, em um mesmo caso, temos uma vocação ligada a uma matéria



constitucional: argüia-se a inconstitucionalidade da lei paulista que dispensava as custas; mas outro enfoque foi dado, dizendo que a lei federal era compatível com a lei paulista, porque o art. 511 do Código de Processo Civil permite que o Estado legisle. A Constituição Federal, em seu art. 24, inciso IV, admite que o Estado legisle sobre processo em relação às custas judiciais etc. Concluo que tenho, na realidade, uma lei estadual que, aparentemente, poderia ser incompatível, mas se compatibiliza com a norma federal a partir da leitura que se faça do art. 511.

Os últimos julgamentos em relação a essa lei paulista, foram, sim, julgados pela Segunda Turma, e as diversas Turmas do Tribunal têm julgamentos a esse respeito sem enfrentar o aspecto constitucional, porque existe o problema de compatibilidade.

Apresento, assim, para os senhores dois exemplos: não são muito comuns, mas naturalmente são ricos, porque bem demonstram a diferença entre um e outro.

Efetivamente, digo-lhes que não é fácil, não tem sido fácil essa questão e, praticamente, hoje, não temos muita preocupação com o tema, porque a reforma constitucional tirou da competência do Superior Tribunal de Justiça a alínea b. Pela PEC 29, teremos um recurso especial somente com duas alíneas, a e c, porque se chegou à conclusão de que melhor será deixar que o Supremo Tribunal Federal faça a avaliação.

De tudo isso, gostaria de terminar esse assunto dizendo para os senhores que foram apenas informações aligeiradas, as quais pude obter com a prática do meu dia-a-dia e com o que existe na literatura, especialmente em José Miguel Garcia Medina, no livro "Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial", e em Athos Gusmão Carneiro, em "Recursos Especiais, Agravo e Agravo Interno", obras que fazem a abordagem desses temas com muita propriedade, sendo que o Professor

José Miguel Garcia Medina os aborda com mais profundidade do que o Professor Athos Gusmão Carneiro. Fora isso, temos apenas artigos esparsos que tratam do assunto.

Gostaria de terminar dizendo aos senhores que é preocupante, hoje, efetivamente, a questão da divisão “competencial” em matéria de julgamento, na medida em que há, sim, a idéia de transformar este Tribunal em um Tribunal de passagem, de degrau, para que o Supremo Tribunal Federal fique com as rédeas de toda as questões, sejam constitucionais ou infraconstitucionais. Hoje, a reforma constitucional encaminha-se para manter nas mãos do Supremo Tribunal Federal as rédeas da aplicação do direito difuso e concentrado e isso me parece preocupante, na medida em que, pela PEC 29 – dizem que vão corrigir a redação, mas até hoje não o fizeram –, a súmula vinculante será em matéria constitucional e infraconstitucional.